

ACCIÓN PENAL ¿EJERCICIO DISCRECIONAL U OBLIGATORIO?

JORGE OJEDA VELÁZQUEZ*

Resumen

El principio de obligatoriedad de la acción penal, se funda en la garantía de igualdad y neutralidad política del Ministerio Público, y conduce a la independencia del Ministerio Público Federal frente al Ejecutivo.

Summary

The principle of mandatory criminal action, is based on the guarantee of equality and political neutrality of the Public Ministry and leads to the independence of the Federal Public Ministry from the Executive Branch.

I. Planteamiento del Problema

El Ministerio Público como titular de la acción penal, cuya tarea principal es el ejercicio de la misma ante los tribunales federales, es una institución bastante reciente en la historia del proceso mexicano. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857, en su artículo 21, no lo contemplaba como tal, como se advierte de su prístina lectura:

“Art. 21. La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer, como corrección, hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión, en los casos y modo que expresamente determine la ley.”

Esta institución fue introducida en México en el siglo pasado, siguiendo el modelo francés en coincidencia con la formación del Estado Moderno y la consecuente transformación del proceso inquisitorio en proceso

* Magistrado del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

acusatorio. En el proceso inquisitorio que dominó hasta antes del triunfo de la revolución social democrática de 1910, estaba abolida toda forma de acusación privada y pública, pues todas las funciones procesales habían estado concentradas en las manos del juzgador. Fue con motivo de la revolución mexicana que se difundieron también en México los ideales del proceso acusatorio, que comporta entre otras cosas, la separación total de la función de acusación respecto de aquella decisoria y el encargo de éstas a dos sujetos distintos: el Ministerio Público y el Juez.

En efecto, en la división de funciones públicas de los órganos estatales, el constituyente de 1917 decidió que fuera el Ministerio Público a quien correspondiera no sólo la investigación y persecución de los delitos, sino también al ejercer la acción penal debe solicitar al juez las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de la justicia sea pronta y expedita; así como solicitar la aplicación de las penas ante los tribunales, como así se desprende de la lectura de los artículos 21 y 102 constitucionales.

“ART. 21.....

La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.....”

“ART. 102..... Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.....”

Aun cuando numerosas sean las atribuciones constitucionales del Ministerio Público, sin duda alguna es sobre el ejercicio de la acción penal que se concentra toda la atención política y en donde surgen todos los problemas. En efecto, si una reforma legislativa propusiera la exclusión del Ministerio Público en las causas civiles y familiares en las cuales hoy interviene, quizás habría debates entre especialistas, uno que otro desplegado periodístico de la comunidad jurídica; sin embargo, la reacción a nivel político y de opinión pública sería mayúscula si se eliminara su intervención como titular del ejercicio de la acción penal.

El *ejercicio de la acción penal* en México, consiste en el poder-deber que tiene el Ministerio Público de solicitar al juzgador competente, una

decisión respecto de si un hecho es o no penalmente relevante y defina la situación jurídica del inculpado, los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto del mismo.

Se ha discutido mucho los *pros* y *contras* sobre si el ejercicio de esta facultad sea discrecional u obligatorio. En los términos en que están redactados los preceptos constitucionales relativos a la actividad investigadora y acusadora del Ministerio Público, no parece obtenerse respuesta alguna. Empero, las fracciones VII y X del artículo 2° del Código Federal de Procedimientos Penales y sus correspondientes o similares en los ordenamientos adjetivos estatales, ponen al intérprete de la ley ante la certeza de que una vez concluida la investigación preliminar o averiguación previa, el Ministerio Público investigador se encuentra ante el dilema de enviarla a reserva, ejercer la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes, o promover la conciliación entre las partes. Por eso se dice doctrinariamente, con sobrada razón, que el Ministerio Público tiene una facultad y no un deber impuesto por una obligación constitucionalmente pactada.

Afirmar, que el ejercicio de la acción penal es una facultad discrecional, es reafirmar la capacidad que tiene el Ministerio Público, como titular de la acción penal, para promoverla sin vínculos rígidos, con la consecuente posibilidad de utilizar parámetros políticos particularmente elásticos cuando así decida no ejercerla. Que la acción penal sea obligatoria significa excluir que el Ministerio Público puede discrecionalmente decidir si solicita o no al juzgador la cuestión relativa a una *notitia criminis*; significa también, necesariamente que se debe proveer un instrumento de control procesal que no permita al Ministerio Público sustraerse de esta obligación.

Nosotros, desde hace más de veinticinco años hemos propuesto en diferentes foros** académicos que desde el punto de vista de política criminal, es deseable que la acción penal sea obligatoria y el juez competente sea quien decida si una acción penal va al archivo o a reserva, por respeto a la garantía de igualdad de todos los ciudadanos frente la ley; y a la garantía de legalidad, porque quien está llamado a ejercerla debe estar sujeto a la ley, tomando en cuenta que de acuerdo al artículo 4° del Código Federal de Procedimientos Penales, *“...corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o inculpabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con*

** La ciudad de Guanajuato lo sabe bien, pues en 1983, el suscrito fue invitado como ponente por la Universidad y la Procuraduría General de Justicia de aquel Estado, al exponer este discurso fue expulsado a limonazos, librazos, silbidos y sacado violentamente de uno de los salones de la Alhóndiga de Granaditas, protegido por quien personalmente me invitara a exponer este ensayo sobre el ejercicio discrecional u obligatorio de la acción penal.

arreglo a la ley. A guisa tal, que el Ministerio Público no es autoridad competente para decidir si un hecho es o no delito; si Juan o Pedro cometió ese delito; o, ejercer la acción penal en relación a unos gobernados y no ejercerla frente a otros, por motivos diversos de aquellos emergentes del hecho investigado, ya que viola, por un lado, la garantía de reserva de jurisdicción; y, por otro lado, por la disparidad del tratamiento, la garantía de igualdad de todos frente a la ley. Igual discurso se realiza si el Ministerio Público decide, en la soledad de su gabinete, enviar la acción penal a reserva o al archivo, porque en su particular concepto no existe cuerpo del delito o existiendo, el probable responsable no lo cometió, ya que esa decisión por mandato legal corresponde al juzgador.

Por estas razones jurídicas, propusimos que el Ministerio Público someta a consideración del Juez Menor o al de Paz, así como al Juez Penal, competentes en razón de las sanciones previstas en el tipo de delito, la resolución de no ejercicio de la acción penal o de reserva.

He ahí la cuestión política a dilucidar: ¿ejercicio discrecional u obligatorio de la acción penal?

II. Motivación

En relación a la discrecionalidad no tenemos en este contexto alguna connotación negativa en sí misma, porque si tomamos en cuenta el ejemplo de una fábrica de calhidra o curtido de pieles que contamina el aire o el agua de un río que pasa por un poblado próximo, a tal punto que debe intervenir la Procuraduría Federal de Protección al Medio Ambiente y en un momento dado se decide denunciar los hechos como delito. La clausura de la fábrica y la persecución de sus dirigentes como autores de dicho ilícito, harían cesar la actividad productiva y el nivel de ocupación obrera en el área donde se encuentra la fábrica, con la consecuente baja en la economía local. La mayor parte de la población preferiría una mediación política entre los intereses públicos de perseguir los delitos y el interés particular de dar fuentes de trabajo a los pobladores de aquel lugar. En cambio, si el Ministerio Público se encuentra obligado a ejercer la acción penal, no podría balancear los intereses en juego.

Existen otros motivos que hacen deseable el ejercicio discrecional de la acción penal, en tratándose de leyes incriminadoras que no están en sintonía con los valores comunes, por ejemplo cuando se trata de hechos de mínima relevancia, fraudes pequeños o emisión de cheques sin fondos, en los cuales las víctimas desean más que enviar a prisión a los activos del delito, que les resarzan el daño causado; acciones penales que podrían

aparecer ridículas por el transcurso del tiempo, demasiado largo para integrarlas; acciones penales que podrían dañar a los testigos o a la parte ofendida; inculpado que ha sufrido ya demasiado, independientemente del proceso penal; acciones penales que podrían ofrecer al inculpado la posibilidad de presentarse como mártir o de usar el proceso como una tribuna política; acciones penales que podrían ser substituidas por otro tipo de iniciativa, por ejemplo de índole administrativa.

Se trata entonces de motivos heterogéneos que hacen indeseable el ejercicio obligatorio de la acción penal, cuyo arreglo político bien podría solucionar problemas en vez de agravarlos. Empero, el abuso de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal significa, que los hechos en cuya confrontación el Ministerio Público no tenga intención de proceder, o que deban andar automáticamente exentos de sanción penal, un trato desigual frente a los iguales y, por ende, violatorio de garantías.

En México se ha asignado a una autoridad política, la titularidad del ejercicio de la acción penal como lo es el Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal; y en esa tesitura, el uso o abuso de su discrecionalidad administrativa lo hace responsable ante el Ejecutivo y no ante los representantes del pueblo.

El principio que establece la obligatoriedad de la acción penal, se justifica no sólo en base a la garantía de igualdad, sino también con el fin de garantizar la neutralidad política del Ministerio Público.

El ejercicio obligatorio de la acción penal conduciría a la independencia del Ministerio Público frente al Ejecutivo, quizás coordinado verticalmente a un órgano autónomo llamado Fiscalía de la Nación, cuyo titular sea llamado a responder frente al parlamento, con lo cual se reafirmaría el carácter democrático del Estado que estamos construyendo.

III. Derecho Comparado

La experiencia extranjera nos demuestra que en el Sistema Jurídico Romano-Germánico existen posiciones encontradas, respecto al ejercicio discrecional u obligatorio de la acción penal.

1. Por ejemplo, el artículo 112 de la Constitución de la República Italiana establece que:

“El Ministerio Público tiene la obligación de ejercer la acción penal”.

El Código de Procedimientos Penales, prevé que cuando el Ministerio Público estime que la noticia de un delito es notoriamente infundada o que

no pueda procederse contra el probable responsable, debe dirigirse al juez para que confirme su determinación.

“Artículo 408.- Dentro de los términos previstos por los artículos precedentes, el Ministerio Público, si la noticia del delito es infundada, presenta al Juez solicitud de archivo.”

Los artículos 409 y 410 señalan el contenido del proveído que dicte el Juez sobre la solicitud de archivo así como la oposición a esta solicitud por la persona ofendida por el delito.

Para Cordero,¹ el archivo de la acción penal, constata la superficialidad del proceso y el proceso es superfluo cuando la posibilidad de la existencia del delito, con base a las actuaciones que se tengan, aparece excluida por no tener un mínimo de seriedad de acuerdo con la formula primitiva del anterior artículo 74 en la que aparecía la expresión de hecho notoriamente infundado.

Bajo estas directrices, según este autor, el decreto del Juez instructor no contiene una prohibición de obrar sino una simple autorización que no implica efectos preclusivos. De ahí que sea un falso problema cuando se plantea, qué pasaría si se revocara el decreto o mejor dicho si cambiaran las condiciones en las cuales el Ministerio Público pueda obrar nuevamente. Él opina que el Ministerio Público puede nuevamente ejercer la acción penal tomando en cuenta que el archivo no implica efectos preclusivos; de ahí que, nada le impide solicitar la instrucción formal o de proceder sumariamente por el mismo hecho ni sobre la base de las mismas pruebas, ni el Juez instructor puede oponer una denegación de justicia sin transgredir un deber oficial, sancionado penalmente por el artículo 328 del Código Penal Italiano (omisión o rechazo de un acto de oficio, semejante al tipo penal de obstrucción de la justicia que existe en México).

El problema surge, sigue expresando este autor, cuando el Juez instructor se convence después que el proceso es necesario y el Ministerio Público insiste en el archivo de la acción penal. Las posibles vías de salida que los italianos han encontrado es una aplicación a contrario senso del citado artículo 74 del *Codice di Procedura Penale*, en el sentido de que el Juez ordene proceder a la instrucción formal o a revocar el decreto dictado en el significado textual de la palabra: una vez que causa ejecutoria el proveído que la autorizaba, el Ministerio Público debe solicitar otro o ejercer la acción penal. Esta última opción parece ser la solución preferible, de acuerdo con la decisión 102 del 3 de diciembre de 1964 de la Corte Constitucional en la cual negó que el ex-artículo 74 fuera inconstitucional al determinar que el proveído de archivo de la acción penal no cierra ni

¹ Cordero F. *Procedura Penale*, Sexta Edición Giuffrè Editore, 1982, p. 62.

define algún procedimiento instructorio y conserva el carácter de acto que no precluye el ejercicio de la acción penal, pues no limita en algún modo la posibilidad de que el Ministerio Público o el pretor proceda nuevamente en cualquier momento a pesar de que no existan pruebas nuevas o alguna revocación.

2.- La Constitución Francesa de 1958, no hace mención alguna al Ministerio Público, tampoco enuncia principios relativos al ejercicio de la acción penal; empero, de acuerdo al *Code de Procédure Pénale*, al Ministerio Público le viene encargado fundamentalmente la función pública de acusar (artículos 1 y 31 del Código de Procedimientos Penales de la República Francesa), es decir el cumplimiento de todos los actos que sean necesarios para poner en movimiento la acción penal y a sostener ésta en el curso del proceso.

A tal fin, el Ministerio Público puede recibir querellas, denuncias y reportes transmitidos por la policía judicial (artículo 19 y 40 del C.P.P.R.F.); puede perfeccionar estos requisitos de procedibilidad y proveer personalmente al cumplimiento de actos de investigación del delito. El Ministerio Público no puede realizar una actividad instructoria, salvo los casos de delitos cometidos en flagrancia (artículo 53 y siguientes del C.P.P.R.F.), y en los casos de averiguación previa (artículo 75 y siguientes del C.P.P.R.F.). En los casos de flagrancia, la actividad instructora del Ministerio Público está legitimada por la necesidad de la urgencia, mientras que en el caso de la averiguación previa, por la exigencia de reunir los elementos indispensables a fin de evaluar si el ejercicio de la acción penal es legal y oportuno.

Los actos de investigación realizados por el Ministerio Público no asumen jamás, por lo general, el título de actos de instrucción, en sentido estricto, en cuanto que el artículo 68, segundo párrafo del Código adjetivo en cita, los identifican como actos de policía judicial; esto es, porque en Francia, tanto en la doctrina² como procesalmente, existe una clara distinción entre el proceder penalmente y el instruir un procedimiento. De acuerdo con el artículo 49 del C.P.P.R.F., al Ministerio Público le es atribuida la función de proceder penalmente, mientras que al juez instructor le viene reconocida la función de instruir la causa.

Además la Doctrina Francesa³ reconoce en el Ministerio Público a un representante de la sociedad lesionada por el delito y lo define como una parte pública y principal del proceso. En realidad el Ministerio Público asume en el proceso penal una posición mucho más influyente de aquella

² Stefani – *Levasseur, Procédure Pénale*, 12ª. Ed. París 1977, p. 41.

³ Bouzat – *Pinatel, Jean. Traité de Droit Pénale et de Criminologie*, Vol. II, 2a. ed. Paris, 1970, p. 1063.

cuya calificación de parte se le podría conferir. En efecto, dispone de poderes más relevantes que la defensa, el cual le da la posibilidad de influir notablemente sobre el desarrollo procesal y de controlar, en cualquier momento la acción penal iniciada.

El Procurador de la República después de haber consignado al Juez instructor una requisitoria introductiva, pueda presentar otras suplementarias a fin de solicitar al Juez el cumplimiento de los actos instructorios que crean necesarios para la búsqueda de la verdad legal (artículo 82, primer párrafo del C.P.P.R.F.). En cualquier momento de la instrucción, el Ministerio Público puede recibir información sobre el estado que guarda dicha actividad procesal (artículo 82, párrafo segundo); y además tiene derecho de asistir a los interrogatorios del procesado (artículo 119 del C.P.P.R.F.); a la audiencia de la parte civil (artículo 119), a las inspecciones del lugar de los hechos y a los cateos (artículo 92).

Durante el desarrollo del proceso debe estar presente en las audiencias (artículo 32, párrafo segundo del C.P.P.R.F.), en las cuales puede dirigir preguntas al procesado y a los testigos (artículo 42); puede ofrecer nuevas pruebas, además de que en sus alegatos o conclusiones que contienen la exposición de hechos y la valoración de las pruebas, puede solicitar la absolución o la condena del procesado (artículo 346 y 458); puede además solicitar la dispensa de la pena para el condenado o el reenvío de la ejecución de la sentencia (artículo 469 fracción I, facultad introducida por la Ley número 75-624 del 11 de julio de 1975).

El Ministerio Público puede presentar apelación contra todas las sentencias del Juez de primer grado sean estas absolutorias o bien condenatorias (artículo 497 y 546 del C.P.P.R.F.); puede recurrir también a la Corte de Casación contra todas las sentencias emitidas por la Corte de Apelación (artículo 567), excepción hecha de las sentencias absolutorias emitidas por la Corte de Asís. Aún en la ejecución de las sentencias tiene intervención el Ministerio Público (artículo 32, párrafo tercero en relación con el 707 del multicitado código adjetivo).

Respecto a la posición que asume frente a los poderes fundamentales del Estado Francés, el Ministerio Público no está sometido directamente al Poder Legislativo, pero éste puede ejercer un control indirecto sobre su actividad, dado que el Ministro de Justicia emerge de la mayoría parlamentaria que llegó al poder por medio de los votos.

La posición del Ministerio Público frente al Poder Judicial, se caracteriza, en cambio, por una pluralidad de interferencias, no sólo en relación al estatus jurídico de los miembros del Ministerio Público, en muchos aspectos asimilados al de aquellos del Juez; sino también respecto al ejercicio de la función encargada a los dos órganos. Los funcionarios del Ministerio

Público, en general, son llamados *Magistrates du Ministère Public* y en particular vienen distinguidos de los jueces con la fórmula de *Magistrature Debout*, contrapuesta a aquella de *Magistrature Assise*, o también con la definición de *Magistrats du Parquet*, contrapuesta a aquella de *Magistrats du Siège*.

La posición del Ministerio Público frente al Poder Ejecutivo, está caracterizada por una relación de subordinación. Los órganos de acusación pública están subordinadas al Ministro de Justicia, el cual aún cuando no es un funcionario del Ministerio Público, es su jefe político y en esa tesitura, tal subordinación no se limita simplemente a la organización burocrática de la Procuraduría con el consecuente poder de vigilancia y disciplina de sus miembros, sino que incide también sobre su función pública de acusación que el Ministerio Público dosifica o intensifica en el ámbito jurisdiccional.

En Francia, el Ministerio Público domina la investigación de los hechos relativos a la comisión de delitos y los evalúa con plena discrecionalidad. En la fase en la cual la *notitia criminis* viene conocida procesalmente como averiguación preliminar, el Procurador de Justicia es el verdadero patrón del procedimiento y la decisión que toma sobre el ejercicio o no de la acción penal es sustraída enteramente del control jurisdiccional. La evaluación que realiza el Ministerio Público para dar lugar al ejercicio de la acción penal implica dos juicios sucesivos: un juicio de legalidad y un juicio de oportunidad y se cierra en caso negativo con el archivo de la averiguación previa; en caso positivo, con un proveído idóneo a consignar la averiguación previa al juez instructor o al juez del debate.

El archivo viene ordenado en los casos en que el Ministerio Público considere que el procedimiento de investigación preliminar no corresponde a sus presupuestos legales, por ejemplo cuando ha prescrito la acción penal, falta la querrela, o bien cuando falten los elementos constitutivos del delito, cuando el ilícito sea difícil de probarse, o bien cuando la acción penal sea inoportuna. El archivo es un procedimiento de naturaleza administrativa emitida por el Ministerio Público y sustraído de cualquier forma de control jurisdiccional, contra el cual puede proponerse solamente el recurso administrativo jerárquico, primero al Procurador General y luego al Ministro de Justicia.

Si el Ministerio Público considera, en cambio, que están satisfechas todas las condiciones fijadas en la ley para el ejercicio de la acción penal y estime, además, que sea oportuno proceder penalmente, ejercita la acción penal y consigna al juez la averiguación preliminar. La decisión tomada para proceder penalmente una vez asumida por el Ministerio Público, no puede ser revocada, perdiendo el Ministerio Público la disponibilidad de la acción penal, la que deberá seguir su curso hasta en tanto se dicte resolución que la convierta en cosa juzgada. Contra la decisión con la cual el

Ministerio Público ordena el ejercicio de la acción penal no existe recurso jurisdiccional alguno.

El poder discrecional del cual dispone el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, encuentra sus límites en la subordinación jerárquica (artículos 33, 36 y 37 del C.P.P.R.F.) y en algunos proveídos dictados por la Cámara de Acusación. Ésta a solicitud del Procurador General puede rectificar la calificación jurídica erróneamente usada por el Ministerio Público en el curso de la acción penal (artículo 195 del C.P.P.R.F.). Durante la instrucción, además, la Cámara de Acusación puede ordenar de oficio o a requerimiento del Procurador General, proceder penalmente contra un inculpado también por otros hechos principales o conexos que no fueron realizados en la consignación original hecha por el Procurador y puede dirigir el ejercicio de la acción penal también en relación a personas que no fueron indiciadas (artículos 202, 204, 205).

En Francia, el principio de oportunidad de la acción penal no está expresamente declarado en una disposición específica de la ley, sino que viene considerado como principio de derecho consuetudinario, y se legitima haciendo recurso al artículo 40 del Código Adjetivo que atribuye al Procurador de la República el poder de revalorar el contenido de la querrela, denuncia, reporte de la policía o cualquier otra noticia del delito de la que tenga conocimiento por otros medios.

El principio de oportunidad obliga al Ministerio Público a evaluar una pluralidad de elementos individuales y sociales antes de dar inicio a la acción penal. Así, el Procurador de la República debe, sobre todo, considerar qué influencia podría tener sobre el autor del delito la imposición de una sanción: a este propósito se reclama la atención sobre las consecuencias negativas que a menudo comporta la aplicación de penas detentivas de breve duración. El Ministerio Público debe evaluar, además, todavía qué efecto podría tener para el orden social, en particular, para la prevención del delito, la punición más o menos severa de determinadas categorías de delitos, así, *verbigracia*, cuando se trata de delitos de naturaleza patrimonial de poco monto, rige el principio *de minimis non curat praetor*.

En Francia, se ha formado así la praxis de no perseguir delitos de emisión de cheques sin fondo, salvo que la cantidad no supere un cierto límite fijado por las oficinas del Ministerio Público discrecionalmente y por lo mismo, variable de Distrito de Policía a otro Distrito de Policía; los fraudes leves y los abusos de confianza de escasa relevancia no son perseguidos, el indiciado viene simplemente invitado a restituir a la víctima dentro de un determinado tiempo, cuanto haya sustraído. Por costumbre, el Ministerio Público Francés se abstiene de perseguir delitos leves, sobre todo cuando la prueba de estos se presenta particularmente costosa y difícil.

Particularmente relevantes a los fines de evaluación sobre la oportunidad del ejercicio de la acción penal, son las directrices generales que pueden ser dadas por el Procurador de la República o por el Ministro de Justicia, vía circulares. La gravedad de ciertos delitos puede, en efecto ser apreciados diversamente si se les considera de manera aislada de las exigencias del contexto social; o bien, si se les juzga teniendo en cuenta las instancias derivadas de situaciones económicas o de política general.

Algunos de los juristas franceses⁴ están a favor de esta discrecionalidad. Ellos piensan que el principio de legalidad no podría jamás encontrar rigurosa aplicación, *malgré tout*, las múltiples interpretaciones que se hacen a la ley penal: si ya de por sí éstas implican una selección de criterios y por lo mismo, es mejor atribuir una cierta discrecionalidad de evaluación para aplicar uno u otro, al Procurador de la República, quien debe decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal. Además es una opinión difundida que su ejercicio indiscriminado, impuesto por el principio de legalidad, dejaría fuera de lugar a los delitos insignificantes cuando el perjuicio social sea leve o el reo hubiese obrado por otros motivos.

Ellos sostienen que la apreciación de la legalidad en el ejercicio de la acción penal, y con ello el del combate al crimen, y la valoración de la oportunidad, son dos momentos que se complementan en una interpretación única de la acción penal. Encargado el Ministerio Público de hacer respetar la ley penal, no debe limitarse al sentido literal de ésta, sino que debe también valorar la realidad con el fin de descubrir cuál sea el mejor medio para tutelar el ordenamiento penal, y este medio a veces puede también consentir en no dar lugar, en casos particulares, a la aplicación de la norma jurídica penal. Las condiciones del ejercicio de la acción penal, que en la apreciación de la legalidad para proceder son reconocidos como presupuestos fundamentales, no son más que elementos discrecionales incluidos en la ley.

3.- La ley fundamental de Alemania, *Grundgesetz* (GG), no dedica disposición alguna al ejercicio de la acción penal y al Ministerio Público. La posición jurídica que esta institución pública asume en los procedimientos penales viene disciplinada por numerosas normas del Código Procesal Penal, *Strafprozeßordnung* (StPO); la estructura orgánica de esta institución están reguladas en los parágrafos 141-152 del Ordenamiento Judicial, *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG); mientras que las condiciones para su nombramiento, en cambio, están fijados en los parágrafos 122, 5, 5a, y 7 de la Ley de los Jueces Alemanes (Drig), de cuya lectura se advierte que el Ministerio Público es un servidor público que depende del Ejecutivo, vía

⁴ Merle-Vitu, *Traité de Droit Criminal – Procédure Penale*, Vol. II, 2a. edición, París 1973, p. 280; Stefani – “Levasseur, Procédure Pénale”, *opus cit.*, pp. 408 y siguientes. Molinari, Francesca-Conso Giovanni. *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, Zanichelli edit. Bologna, 1979, pp. 195-216.

Ministro de Justicia, no está sometido al Parlamento (*Bundestag*) y existe una separación funcional en relación al poder judicial: el Ministerio Público se ocupa de la acusación y el Juez de la decisión.

En el ámbito del Derecho Procesal Alemán, el Ministerio Público ejerce funciones atinentes a la instrucción, al debate, a las impugnaciones, a la ejecución de la pena, a la gracia y otros procedimientos complementarios.⁵

El ejercicio de la acción penal en el proceso Alemán, como regla general es obligatoria para los delitos graves y para ellos rige, fundamentalmente, la garantía de legalidad.

Parágrafo 152 del Código Procesal Penal Alemán, StPO:

“Para el ejercicio de la acción pública se designa a la fiscalía.

“Está obligada en tanto que no haya sido determinada otra cosa legalmente, a proceder judicialmente debido a todos los delitos perseguibles, en tanto que tenga cabida suficientes puntos de apoyo reales.”

Esto significa que en toda ocasión que subsista un delito, el Ministerio Público, sin dar lugar a una evaluación discrecional de los hechos, debe promover de oficio el ejercicio de la acción penal. La garantía de legalidad encuentra su base en el interés que tiene la sociedad, para que todos los delitos vengan castigados y no permanezca impune su autor. Esta garantía impone al Ministerio Público la obligación de formular y sostener la acusación, proceder penalmente y de usar medios coercitivos para lograr sus objetivos. La observancia de esta garantía está prevista por el parágrafo 258a del *StGB* (Código Penal Alemán), que prohíbe la obstrucción en la administración de justicia.

Este principio de legalidad asegura la aplicación rigurosa del Derecho Penal, sin consideración alguna para la persona imputada: garantiza, por tanto, justicia e igualdad, preservando la iniciativa penal del arbitrio administrativo, pero presenta la inconveniencia de expandir excesivamente la jurisdicción penal, extendiendo esta aún a cosas fútiles o bagatelas.

Para los delitos leves, en Alemania, se aplica el principio de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, como se puede advertir en estas cuatro amplias hipótesis:

⁵ Roxin, C. *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición Alemana, Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 2000, pp. 48 a 57. Molinari, Francesca-Conso Giovanni, *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, Zanichelli edit., Bologna 1979, pp. 217-237.

1. Levedad del delito y falta de interés público en la persecución del delincente (parágrafos 153, 154, 154a, 153c, párrafo primero, números 1-3 del *StPO*).
2. Posibilidad de satisfacer de otro modo el interés en la aplicación de las sanciones (párrafo 153a, párrafo primero, números 1-4 del *StPO*, en el que el autor del delito se le obliga a resarcir los daños a la víctima o se le ordena pagar una suma de dinero a una fundación de utilidad común).
3. Contraposición al proceso penal por relevantes intereses estatales (parágrafos 153e, párrafo primero, 154c, 154d, 154e, del *StPO*, al prescindir el Estado de la acusación en el caso de arrepentimiento activo).
4. Ejercicio de la acción penal privada subsidiaria por parte de la persona lesionada por el delito; en tal caso, el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal sólo si subsiste un interés público para proceder penalmente (parágrafos 376 y 377 del *StPO*).

Para el procedimiento de archivo de la acción penal, el denunciante o la víctima lesionada por el delito debe presentar, bajo pena de preclusión de su derecho, dentro del término de dos semanas, a partir de la notificación de este proveído, un recurso administrativo. En algunos casos, la resolución de archivo puede ser tomada directamente por el Ministerio Público sin intervención del juez (parágrafos 153, 153c, párrafos primero y segundo, 153d, párrafo primero, 154, párrafo primero, 154a, párrafo primero, 154b, párrafos primero al tercero, 154c, 154d, 154e del *StPO*).

En otros casos el Ministerio Público puede archivar el procedimiento con el consenso del juez competente (parágrafos 153, párrafo primero, 153a, 153b, párrafo primero, 153e, párrafo primero del *StPO*). En el curso del proceso sólo el juez, previa solicitud, y con el parecer favorable del Ministerio Público puede disponer en cualquier estado y grado del procedimiento el archivo de la acción penal (párrafo 153, párrafo segundo, 153e, párrafo segundo, 154, párrafo segundo, 154a, párrafo segundo, 154b, párrafo cuarto del *StPO*). En contraposición a este principio el Ministerio Público, sin tomar el parecer del juzgador, en base a lo dispuesto a los parágrafos 153c, párrafo tercero y 154d, párrafo segundo, del mismo *StPO*, puede desistirse de la acusación ya formulada y archivar el procedimiento en cualquier estado en que se encuentre, cuando se trate de Delitos Contra la Personalidad del Estado.

En relación a las impugnaciones en contra de la resolución que ordena el archivo de la acción penal, es de observar que de acuerdo al párrafo 153, párrafo segundo del *StPO*, el decreto emanado de la Corte no

puede ser objeto de recurso alguno. En cambio, si el decreto de archivo cuenta con el consenso de la Corte, puede ser revocado en cualquier tiempo sin que exista solicitud del Ministerio Público respecto de la existencia de hechos nuevos o de otros medios de prueba.

4.- En México, los artículos 2 y 136 del Código Federal de Procedimientos Penales, regulan la actividad del Ministerio Público durante la investigación preliminar y la instrucción o debate formal. En la primera, actúa como autoridad con el fin de recibir denuncias y querellas, recabar todo medio de prueba para ejercer la acción penal ante los tribunales; en la segunda, sobre todo para perfeccionar las ya existentes, intervenir en aquellas ofrecidas por la defensa repreguntando a los testigos, objetando la de su contraparte y, para pedir la aplicación de las sanciones respectivas, como se desprende de su lectura:

“ART. 2.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

“En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

- I. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que pueden constituir delito;
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado así como la reparación del daño;
- III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV. Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquellos formulen;
- IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;

X. En caso procedente, promover la conciliación de las partes; y

XI. Las demás que señalen las leyes.”

“ART. 136.- En el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

- I. Promover la incoacción del proceso judicial;
- II. Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y la de aprehensión, que sean procedentes;
- III. Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;
- IV. Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;
- V. Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y
- VI. En general hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.”

Conforme al artículo 365 del Código Federal de Procedimientos Penales, tiene derecho a apelar en relación a las sentencias de primera instancia, sean estas absolutorias, o cuando habiendo sido condenatorias, alguna parte de la misma haya causado agravios a su representación social. Puede impugnar la admisión del recurso o el efecto o efectos en que haya sido admitido (artículo 374 C.F.P.P.); ofrecer selectivamente pruebas (artículo 376) y debatir en la Audiencia de Vista (artículo 382). Empero, no puede interponer amparo directo en caso de que la resolución de segunda instancia le haya sido desfavorable, porque este juicio solo está reservado a los gobernados contra actos de autoridad que estimen violatorio de sus garantías individuales, las cuáles, se dice, el Ministerio Público no goza de ellas por ser autoridad.

Interviene en el juicio de amparo directo, de acuerdo con la fracción IV del artículo 5º de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, más su actividad se ve restringida al simple pedimento de que se niegue, conceda o sobresea el juicio, sin ser vinculante tal solicitud para el tribunal colegiado en que se encuentra adscrito. Sin embargo, la parte ofendida o víctima que representó durante los procedimientos de primera o segunda instancia, es la que puede intervenir como tal, en el amparo directo, solamente para reclamar los daños y perjuicios ocasionados por el delito (artículo 5º. fracción III, inciso b y 10 de la Ley de Amparo).

Interviene en los procedimientos relativos a los enfermos mentales (artículo 497 del C.F.P.P.); a los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos (artículos 523-527); en el de ejecu-

ción de sentencias (529, 530, 532); en el reconocimiento de inocencia del sentenciado (artículo 564); y en el de rehabilitación (artículo 573 y 574).

En relación a los otros órganos de gobierno, el Ministerio Público es un servidor, cuyos funcionarios son nombrados y removidos por el Ejecutivo. El apartado A del artículo 102 constitucional señala que:

“... El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el titular del Ejecutivo Federal, con ratificación del Senado o, en sus recesos de la Comisión Permanente.”

Hasta antes de las reformas de 1994, el ejercicio de la acción penal era una facultad discrecional del Ministerio Público, quien como titular de la acción penal detentaba el monopolio en su ejercicio; no había poder alguno que lo obligara a cambiar su opción preferencial. Aún así, esta facultad discrecional estaba reglada a dos condiciones: una jurídica y la otra, política. Bien podía, sin vigilancia jurisdiccional alguna, más que el recurso administrativo interno, decidir si una averiguación previa se iba a reserva o al archivo por falta de algún requisito de procedibilidad; falta de algunos de los elementos del cuerpo del delito; de la responsabilidad penal o algunas condiciones objetivas de punibilidad; o bien, decidía consignar la averiguación previa a la autoridad jurisdiccional, cuando existiendo aquellos requisitos, no hubiera alguna decisión política que la desviara de su curso legal.

El abuso de esta facultad discrecional derivó en corrupción, ésta en un problema público el cual se resolvió merced a las reformas del artículo 21 constitucional de 31 de diciembre de 1994, impulsada por *the generation that took credit of foreign ideas*, quien propuso el ejercicio obligatorio de la acción penal ante el juez competente, a fin que fuera el poder jurisdiccional y no el Ministerio Público unilateralmente, decida si un hecho es o no penalmente relevante y si su autor es culpable.

El Decreto del 31 de diciembre de 1994, mediante el cual se reformó el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice:

“Artículo 21.....
.....
.....

“Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional, en los términos que establezca la ley.”

Los artículos transitorios que señalaron la fecha de entrada en vigor fueron:

“Primero.- El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación; con excepción de lo dispuesto en los artículos octavo y noveno siguientes: ...”

“Octavo.- Las reformas al artículo 105, entrarán en vigor en la misma fecha que entre en vigor la ley reglamentaria correspondiente...”

“Noveno.- Los preceptos a que aluden los artículos que se reforman, iniciados con anterioridad continuarán tramitándose conforme a la disposiciones vigentes al entrar en vigor el presente decreto...”

“Décimo Primero.- En tanto se expidan las disposiciones legales, reglamentarias y acuerdos generales a que se refieren los preceptos constitucionales que se reforman por el presente decreto, seguirán aplicándose los vigentes al entrar en vigor las reformas, en lo que no se opongan a éstas.”

La reforma del artículo 21 de la Constitución General de la República, al párrafo cuarto, estableció la posibilidad, antes no existente, de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, además, de que tal reforma entró en vigor, de acuerdo con lo dispuesto por lo reseñado en el artículo primero transitorio, al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, lo que sucedió el primero de enero de mil novecientos noventa y cinco, ya que la publicación data del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.

Ante la vigencia del artículo 21 constitucional, surgió la obligatoriedad contemporánea de la reforma al precepto de referencia, sin que fuera obstáculo para determinar lo anterior el hecho de que no se haya establecido en la ley ordinaria el recurso respectivo, para impugnar las resoluciones del Procurador General de la República que confirma el no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

El 18 de junio del 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto de nuevas reformas al artículo 21 constitucional cuyos párrafos segundo y séptimo establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 21.....
.....
.....

“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.”

.....
.....
.....
.....
.....

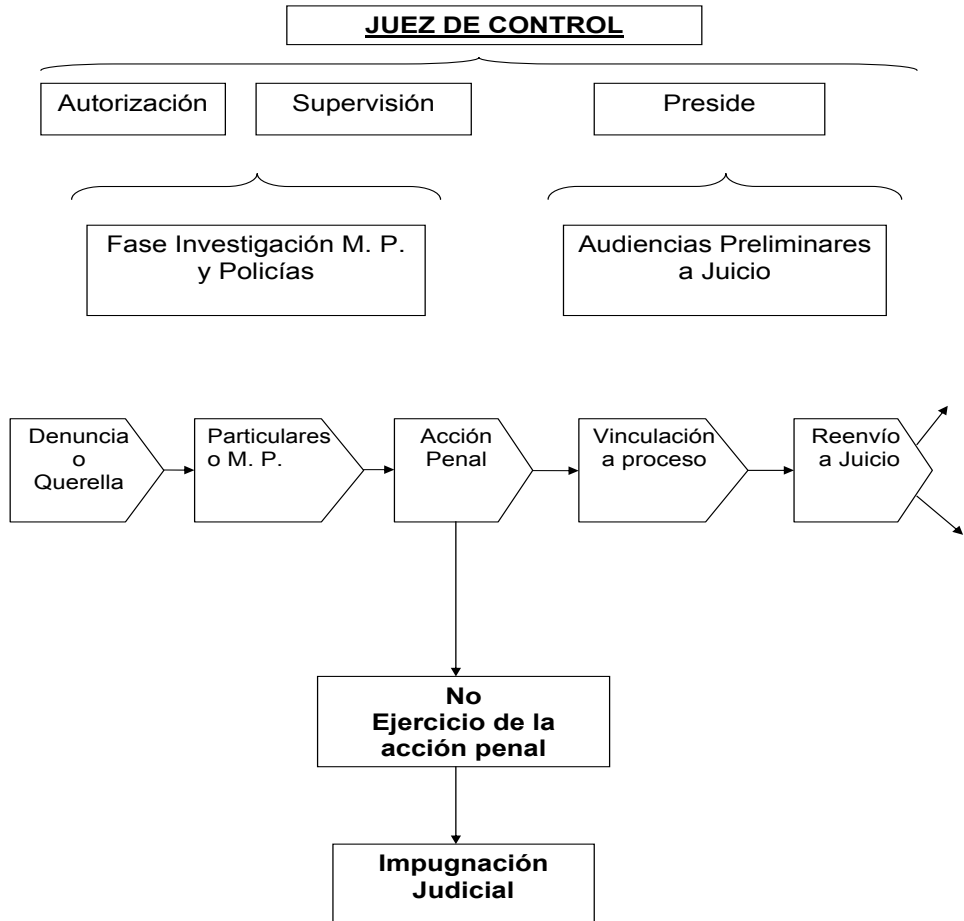
“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley...”

Como es de observarse, el ejercicio de la acción penal ya no es exclusivo del órgano de acusación, sino que lo comparte sutilmente con los ofendidos o víctimas del delito, quienes no sólo podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial, sino inclusive al reformarse el artículo 20 constitucional, se introdujo un “Apartado C”; fracción VII para otorgar a aquellos el derecho de:

“Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.”

Que los ofendidos o víctimas del delito, por sí mismos investiguen su caso y ejerzan excepcionalmente la acción penal ante la autoridad judicial, es una copia de Inglaterra, en el que el *Attorney-General*, con base a las reglas del *Common Law*, puede respaldar o no la acción penal iniciada por la parte privada.

Por otro lado, las impugnaciones de las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio, reserva o desistimiento de la acción penal, cambió de lugar constitucional (antes estaba previsto en el párrafo cuarto del artículo 21), pero ello no borra sino reafirma la garantía de control jurisdiccional sobre dichas resoluciones, las que de acuerdo con las reformas que tuvo también el artículo 16, párrafo décimo tercero, de nuestra Carta Magna, debe ser sometido a supervisión de los jueces de control, al tenor del siguiente mapa conceptual:



Debido a ello, aquellas resoluciones ya no deberán impugnarse a través del amparo indirecto sino ante el juez de control. Con esto culmina un sueño realizado y me doy por satisfecho de las ofensas sufridas en la Ciudad de Guanajuato en el año de 1983.

5.- En Inglaterra, el principio de oportunidad constituye el elemento común y particularmente relevante en el proceso penal. Si bien no está expresamente previsto en ninguna ley estatal, empero, en la jurisprudencia viene considerado como un principio del *Common Law* y entendido simplemente como *discretion whether to prosecute or not*.

El más elevado órgano de acusación inglés es el *Attorney-General* quien es miembro y consejero jurídico del gobierno, aun cuando no per-

tenece prácticamente al gabinete, técnicamente debe permanecer en funciones sólo por el tiempo que dure en funciones la mayoría parlamentaria que conquistó el liderazgo político; empero, en la práctica no se estila que venga a menudo substituido. Además de sus funciones políticas, desempeña relevantes funciones jurídicas: En calidad de acusador representa a la Corona en los procesos penales relativos a alta traición y a delitos de naturaleza política y constitucional. Por su poder de veto (*nolle prosecute*), puede intervenir en cualquier procedimiento distinto del rito sumario; determinar el archivo en cualquier fase; además es necesario solicitar su consentimiento, como condición indispensable de procedibilidad en relación a diversos delitos.

El *Director of Public Prosecutions* aún cuando es nombrado por el Ministro del Interior está subordinado a las directrices del *Attorney-General*. Esta vinculación legal deriva del Act 1879s. 2 del Estatuto *Prosecutions of Offences* que establece: “*it shall be the duty of the Director of Public Prosecutions, under the superintendence of the Attorney-General, to institute, undertake or carry on such criminal proceedings...*”.

La posición jurídica constitucional de la policía, cual órgano de acusación no está disciplinada por la ley, tampoco ha sido precisada por la Corte de Justicia; sin embargo, por norma del *Police Act 1964*, el *Chief Constable* es jefe del cuerpo regional de policía y está obligado a proporcionar una relación anual sobre la actividad desarrollada en su territorio y fijar los criterios generales de política criminal, que servirán a sus subordinados al momento de perseguir los delincuentes y en qué casos se debe o no ejercer la acción penal.

El ciudadano privado puede ejercitar la acción penal con independencia completa de los poderes estatales; en todo caso el *Attorney-General*, en base al *Common Law* puede respaldar o no la acción penal iniciada por la parte privada.

El *Attorney-General* tiene tres poderes discretos fundamentales:

1. Un poder discrecional para hacer cesar cualquier procedimiento penal iniciado delante la Corte de Jurados como procedimiento formal. De este poder llamado *nolle prosecute*, el Procurador General hace uso para archivar acciones penales intentadas contra imputados enfermos de cuerpo y mente; para truncar procesos penales iniciados por la parte privada y considerados como inoportunos; para impedir la condena de un testigo protegido por la Corona, etc.

2. Un poder para condicionar la acción penal cuando es iniciada por un ciudadano común o por un funcionario de policía, con el consenso del *Director of Public Prosecutions*.
3. Un poder de impartir directrices particulares o dar consejos generales al *Director of Public Prosecutions* en relación al ejercicio de la acción penal.

El *Attorney-General* decide discrecionalmente, después de haber evaluado los inconvenientes del caso concreto, si éste satisface los fines para los cuales ha sido emanada la ley penal violada, y si el ejercicio de la acción penal corresponde a un interés público; los efectos que la persecución penal podría tener para la moral y el orden público, así como las ventajas y desventajas de la publicidad que el proceso penal obviamente lleva consigo.

La amplitud del poder discrecional del cual goza relativamente en la acusación el *Director of Public Prosecutions* es muy similar a aquel que tiene el *Attorney-General*, aunque el primero debe dar, para cierto número de delitos su consentimiento para el ejercicio de la acción penal; empero, el Director para los delitos cuya gravedad o dificultad de investigación justifiquen su intervención o que por cualquier otro motivo aparezca necesario, él puede ejercer la acción penal. Este poder discrecional encuentra mayor expresión en el ejercicio de su función consultiva. Con base a la regla 6 de la *Prosecution of Offences Regulations* de 1946, le deben ser presentadas por los *Chief Constables* de cada unidad de policía, los reportes sobre delitos cometidos en los distritos de su competencia, de modo tal que al recibir los datos tiene un cuadro completo de la criminalidad existente en el Estado, pueda con sus consejos y directrices, orientar en líneas generales la política criminal.⁶

El poder discrecional ejercido por la policía viene efectuado en dos formas diversas: a) por el *Chief Constable* al fijar las líneas generales de política criminal que se deben observar al perseguir penalmente a los delincuentes en el distrito en que ejerce su autoridad; y, b) por el funcionario de policía al decidir, en el caso particular, sobre el ejercicio de la acción penal.

El *Chief Constable* establece en vía general para su distrito cuáles son los delitos que no deben ser investigados, cuáles son aquellos en los que debe ser dispuesta una caución, o debe dar lugar a un procedimiento penal. Para lograr este objetivo distribuye a los funcionarios menores de

⁶ D. Williams. *Prosecution, Discretion and the Accountability of the Police in Crime, Criminology and Public Policy*. Escritos en honor de Sir León Radzinowicz, Londres, 1974, pp. 161-189. Huber, Barbara- Conso Giovanni. *Pubblico Ministero e Accusa Penale*, Zanichelli edit. Bologna, 1979, pp. 238-255.

policía los *Standing Orders* que contienen las instrucciones precisas que indican el comportamiento a observar al investigar los delitos o en caso de duda en la actuación policial.

Esta política de libertad en la persecución de los delincuentes, comporta serias consecuencias y gruesas divergencias en el ejercicio de la acción penal entre los diferentes distritos de policía, pues mientras en unos juegan un papel decisivo la evaluación de los efectos que el proceso penal produciría sobre la moral pública, sobre el orden o la política en general; la naturaleza de la ley violada; en otros, sobresale la posición de la víctima en relación a los daños, la edad, el estado de salud del probable autor del delito, las dificultades que se podrían interponer entre la investigación y la adquisición de pruebas. Por otro lado, la falta del ejercicio de la acción penal puede ser justificada por otros factores: en el caso de *summary offences*, es decir delitos leves en el cual son decisivos la intensidad del dolo, la relevancia social del personaje y también la actitud mostrada por el autor hacia el ilícito cometido. Para evaluar la oportunidad de perseguir las *indictable offences*, en cambio, son tomadas en cuenta la gravedad del delito, la conducta procesal del autor y también aquella precedente, la eventual reparación del daño a la víctima del delito o la restitución del objeto sustraído.

Por las decisiones propias y por las decisiones discrecionales del *Director of Public Prosecutions*, el *Attorney-General* es responsable solamente frente al Parlamento y no frente a la Corte de Justicia. Si en el Parlamento viene presentada una moción de censura o una interpelación, a fin de esclarecer los motivos de la decisión por no promover la acción penal, el Procurador General se limita a una respuesta breve en cuyo trámite hará las observaciones de que el material probatorio puesto a su disposición no le es suficiente, o que el ejercicio de la acción penal no habría alcanzado resultados concretos o que no correspondía al interés público.

Los jueces rechazan ejercer una influencia directa en las decisiones tomadas por la policía sobre el no ejercicio de la acción penal. Ellos están dispuestos en ciertos casos a juzgar en torno a la violación de deberes inherentes al oficio, más no en relación a su ejercicio discrecional. En los casos en que pueden ejercer influencia, la Corte de Justicia hacen valer muy limitadamente sus poderes creyendo que: *in their duty of enforcing the law the police have a discretion with which the courts will not interfere. There might however be extreme cases in which he was not carrying out his duty. And then we world.*⁷

⁷ Lord Denning al motivar la sentencia R.V. *Commissioner of Police of the Metropolis vs Blackburn* (No. 3) 1973, pp. 324 y 331, a propósito de un robo de objetos cuyo valor era inferior a cien libras esterlinas y al allanamiento de morada para cometerlo.

6.- En el ordenamiento estadounidense, el tratamiento sobresaliente otorgado al ejercicio de la acción penal, es la discrecionalidad. No existe norma alguna, constitucional u ordinaria, que obligue al Ministerio Público a ejercerla, por lo cual, frente a una *notitia criminis*, tiene la posibilidad de no promoverla, de promoverla para ciertos delitos y para otros no, de interrumpirla una vez iniciada, si él discrecionalmente así lo considera.

En general, no sólo la discrecionalidad está considerada como una constante en todo tipo de decisión jurídica, sino que la *prosecutorial discretion*, particularmente es tenida como un elemento *inevitable, necessary and useful*.⁸ El jurista norteamericano no se plantea el problema de una alternativa entre obligatoriedad de la acción penal y discrecionalidad de su ejercicio, sino que vigorosamente auspicia un mayor control sobre el ejercicio de los poderes discrecionales reconocidos por el sistema al Ministerio Público: *The criminal law is neither a slot machine nor a computer. But to admit the need for discretion is not to make a virtue of it.*

Por lo general, se afirma que la discrecionalidad del Ministerio Público, al igual que todos aquellos órganos del Ejecutivo, es consecuencia natural del principio de separación de poderes acogida por la Constitución Federal. Tal principio político se interpreta en el sentido de que es inadmisibles un control de parte de los órganos de un poder diverso de aquél que lo nombró; y por tanto, el Ministerio Público sólo puede ser llamado a responder de su actividad sólo por los órganos superiores del mismo poder al cual pertenece.

Mayor peso parecen tener otras justificaciones, sobre todo de orden práctico: la Corte de Justicia no podría sostener la carga de un número demasiado elevado de casos para resolver. Cuando se habla de *case load* y de *resource constraints* para justificar el poder que tiene este órgano de acusación para no obrar, se quiere reafirmar que la discrecionalidad que goza permite al Ministerio Público concentrar toda su fuerza sobre cuestiones más importantes y, sobre todo, permite una mejor utilización de los recursos económicos destinados a la administración pública.

En segundo lugar, se advierte que la discrecionalidad permite al Ministerio Público el no obrar para toda serie de delitos que la conciencia social, por muchas razones, no cree que sean importantes. El vínculo que liga al órgano de acusación con la comunidad, en que se desenvuelve, le permite advertir y responder con mayor prontitud, que el legislador, a las constantes exigencias de aquélla, despenalizando las conductas que la sociedad no sienta más como merecedoras de una sanción penal.

⁸ Goldstein Marcus. The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, Germany. Yale Law Journal. Volumen LXXXVII, 1977, pp. 240-242. Vigoriti, Vincenzo- Conso Giovanni, "Pubblico Ministero e Accusa Penale", Zanichelli edit. Bologna, 1979, pp. 256-273.

En tercer lugar, la posibilidad reconocida al Ministerio Público para no ejercer la acción penal, de ejercerla para ciertos crímenes y no para otros, o de renunciar a la acción misma, permite al órgano de acusación escoger a los indiciados y premiar a aquellos que colaboran dando información sobre delitos y sus autores. La flexibilidad de los instrumentos puestos a su disposición permite, al Ministerio Público, además, tomar en cuenta con mayor medida la personalidad del reo y de las circunstancias en que se cometió el delito y arribar así a una *individualized justice* a fin de favorecer una correcta y más eficaz represión del delincuente.⁹

Aquel ciudadano contra el cual el Ministerio Público decide ejercer la acción penal, tiene dos posibilidades de reacción:

I. Puede oponer en el curso del proceso penal, antes del debate, la excepción de que la decisión *to prosecute* es inconstitucional porque es discriminatoria y lesiva al principio de igualdad sancionado por el XIV enmendamiento de la Constitución que establece que a nadie puede ser negada la *equal protection of the laws*. La sentencia *United States vs Falck*, 479 F, 2d 616 (1973), ilustra este principio ya que en este caso, Falck había sido acusado de haber rechazado el llamado a las armas y de no haberse presentado a la autoridad militar, aduciendo que otros 25,000 ciudadanos habían tenido el mismo comportamiento, pero el Ministerio Público había ejercido la acción penal sólo en relación a él y sobre otros que de palabra o por escritos se habían opuesto a la guerra en Vietnam. La Corte Suprema de Justicia determinó, que un comportamiento similar por parte del Ministerio Público era lesivo a la garantía de libertad de expresión, sancionado en el I enmendamiento de la Constitución.

El principio de que el Ministerio Público no puede ejercer sus propios poderes de manera discriminatoria, fue afirmado por primera vez en un caso famoso de 1886 *Yick Wo vs Hopkins*, 118 U.S. 356. El indiciado, quien aparentemente pertenecía a la minoría china, había sido acusado de haber iniciado una actividad comercial sin la autorización correspondiente. Él logró demostrar que la acción penal había sido ejercida sólo contra los ciudadanos de su grupo étnico y no contra otros, culpables del mismo delito, pero pertenecientes a diferente grupo étnico y demostró con esto, que la acción ejercida en su contra fuese considerada *dismissed*.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente se ha ido progresivamente endureciendo, en el sentido de que la acción penal en contra de algunos y no de otros es, por sí misma un acto lesivo a la garantía de igualdad, pero

⁹ La Jurisprudencia se ha expresado en estos sentidos en el caso *Powell vs Katzenbach*, 359 F, 2d. 234, (1965): it is well settled that the question of whether and when prosecution is to be instituted is within the discretion of the *Attorney General*, en el mismo sentido *United States vs Shaw*, 226 A, 2d. 366, (1967)

sólo puede ser lesiva tan sólo cuando la discriminación se funda sobre criterios constitucionalmente prohibidos. El indiciado que crea que la acción penal ejercida en su contra es violatoria de la garantía de igualdad, debe demostrar, sobre todo, que otros sujetos en la misma situación o en situación análoga no vienen penalmente perseguidos; y en segundo lugar, que la selección esté fundada sobre un *impermissible standard*.

Como se advierte, se trata obviamente de cargas probatorias que el indiciado puede difícilmente satisfacer, sobre todo aquella relativa a la demostración de que la opción del Ministerio Público se inspiró en criterios contrastantes con la Constitución, el cual es un obstáculo prácticamente difícil de probar. Difícil, porque faltando en el ordenamiento estadounidense, los contactos entre Ministerio Público y defensor —que existen en la averiguación previa o fase precedente al debate que por ejemplo, hay en nuestro ordenamiento—, hace demasiado reducida para la defensa, la posibilidad de obtener aquella información sobre los motivos que tuvo el Ministerio Público, para decidir en tal sentido que sería necesario para hacer surgir una duda razonable, parámetro que recientemente estableció la Corte en el sentido de que “*si el indiciado logra probar una duda razonable sobre la incorrecta opción del Ministerio Público de entre otras para ejercer la acción penal en su contra, toca al órgano de acusación demostrar que la acción penal no ha sido ejercida de manera ilegalmente discriminatoria*” (Lenske vs United Status, 383 F. 2d 20). (1967; Dixon vs District of Columbia, 394, F, 2d 966 (1968), así también el precedente United States vs Falck, (1973), citado con anterioridad.

II.- En segundo lugar, el ciudadano puede escoger la vía civil para el resarcimiento de los daños que fueron provocados por un ejercicio incorrecto del órgano de acusación federal o estatal. Esta posibilidad de control sobre la decisión *to prosecute* parecería tener apoyo en el artículo 1983, Título XLII del U.S. Code de 1970, que dice:

“Aquel que con el pretexto de aplicar una norma jurídica (Statute, Ordinance, Regulation, Custom or Usage) provoque directa o indirectamente (subjects, or causes to subjected) la pérdida de los derechos garantizados a los ciudadanos de los Estados Unidos por la Constitución y por las leyes, deberá responder en juicio (Shall be liable to the party in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress).”

Esta vía es la menos recomendable que aquella que acabamos de analizar, porque existen límites a la posibilidad de llamar al Ministerio Público y al juez para responder en sede civil, por aquellos actos realizados en el ejercicio de sus funciones, ya sea porque, en lo general debe demostrar la disparidad del tratamiento y el fundamento inconstitucional de la discriminación, por lo cual no sorprende que esta experiencia en materia civil sea reducida y contradictoria.

De la decisión de ejercer la acción penal vamos ahora al análisis de la decisión opuesta, esto es, la de no ejercer la acción (*decisión not to prosecute*). En este tópico nos encontramos también con la ya caracterizada forma de ejercicio discrecional por parte del Ministerio Público: en el ordenamiento estadounidense no existen instrumentos a través de los cuales se pueda controlar la opción efectuada o para forzarlo a asumir iniciativas en contra de su voluntad.

Se ha intentado sacudir la inercia del órgano de acusación, actuando en la vía civil para obtener del juez un *mandamus*, esto es, una orden con la cual el juzgador imponga a cualquier Ministerio Público desarrollar una actividad típica de su oficio. Los jueces todavía se muestran reacios a moverse en esta dirección en base al precedente relevante¹⁰ que establece que más allá de la letra de la ley, el ejercicio de la acción penal es dejado a la discrecionalidad del Ministerio Público y la víctima del delito no puede tener un interés más relevante que el titular de la acción penal.

La tercera opción discrecional que el Ministerio Público puede realizar, es aquella que se resume en la expresión *plea bargaining*, una fórmula anglosajona que indica el poder del órgano de acusación para negociar el ejercicio y el contenido de la acción penal, ofreciendo al indiciado ciertos beneficios a cambio de su confesión (*Guilty Plea*).

Tal poder, se dice, está implícito en la discrecionalidad ejercida por el *public prosecutor*. Si se admite, en efecto, que el Ministerio Público tiene el derecho de decidir si, cómo, cuándo, y para qué cosa debe obrar penalmente; si se admite también que él puede renunciar a la acción penal después de haberla iniciado y admitiendo inclusive el derecho que tiene el indiciado a declararse culpable para evitar la publicidad del debate; nada impide al Ministerio Público ejercer la acción penal para algunos y no por todos los delitos eventualmente conocidos; nada impide que prometa al imputado ejercer la acción penal por delitos menores y no por aquellos más graves; nada impide no acusar por las agravantes o bien reconocer atenuantes; acordar con el indiciado beneficios a cambio de una declaración de culpabilidad con lo cual se cierre el proceso.

Sé que es difícil comprender en modo completo el sentido de esta institución, que aparece francamente contrastante con toda una serie de principios considerados fundamentales en los ordenamientos con sistema

¹⁰ *Moses vs Kennedy*, 219 F. Suppl. 762 (1963). Caso en el cual la Corte aún reconociendo que la falta de ejercicio de la acción penal garantiza impunidad a los sujetos que había violado la ley relativa a los derechos civiles, decidió no poder interferir en la opción tomada por el Ministerio Público. En igual modo resolvió la decisión *Inmates off Attica Correctional Facility vs Rockefeller*, California 511 F 2d 524 (1975), cuyos hechos son conocidos mundialmente en virtud de la película realizada sobre la matanza de presos en la Cárcel de "Attica".

jurídico romano-germánico como el nuestro; aun así el *plea bargaining* es objeto de una áspera polémica en los Estados Unidos, pues la misma *Supreme Court Federal* ha rechazado declararla inconstitucional; y por otro lado, otros jueces federales han ensalzado su utilidad en la administración de la justicia penal *Brady vs United States*, 397 U.S.C. 742 (1970); *Santobello vs New York*, 404, U.S.C. 257 (1971).

VI. Conclusiones

Nuestra propuesta en este aspecto constitucional va dirigida a reafirmar, en primer lugar, el ejercicio obligatorio de la acción penal ante el juez natural y competente en base al *quantum* de las sanciones previstas en el tipo penal: juez menor (llamado así en la mayor parte de los Estados Federados por conocer de delitos cuya sanción privativa de libertad no exceda de dos años); juez de paz (en el Distrito Federal); o juez de primera instancia o en su caso un juez de distrito (competentes para conocer de delitos con sanciones superiores a dos años un día en adelante).

La siguiente propuesta es en el sentido de, si el ejercicio de la acción penal es con detenido, se debe instaurar un procedimiento que reúna en una sola instancia la averiguación previa y preinstrucción, en la que un nuevo juez reciba en igualdad de circunstancias los medios de prueba que le ofrezca el Ministerio Público y por otra parte la defensa; se desarrolle y agote frente a su presencia los principios de publicidad, oralidad y contradicción de estas pruebas y decida, al concluir su desahogo, en una resolución que defina provisionalmente la situación jurídica del imputado y el reenvío a la instrucción formal del juicio o el archivo de la acción penal.

Esto es, de los delitos leves conocería un juez preinstructor menor y de los delitos graves otro juez preinstructor.

Si el ejercicio de la acción penal es sin detenido, el juez preinstructor debe analizarla durante un tiempo menor que la anterior hipótesis y al final, decidir si reenvía la causa a la instrucción formal del juicio o al archivo.

Ello con el fin de cumplir con lo establecido con los todavía vigentes artículos 4° del Código Federal de Procedimientos Penales, o 1° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y sus correspondientes en los ordenamientos adjetivos estatales, en el sentido de que corresponde solamente al Poder Judicial declarar cuando un hecho es penalmente relevante; si Juan o Pedro es penalmente responsable, y aplicar las respectivas sanciones, al tenor de lo ordenado también por el artículo 21 constitucional.

El abuso de la facultad discrecional en el ejercicio de la acción penal, derivó en corrupción y ocasionó que en 1994 se propusiera un control jurisdiccional sobre el Ministerio Público, reformándose el artículo 21 constitucional, y además se agregara al artículo 114, el párrafo VII, de la Ley de Amparo, ya que el legislador nunca reformó el código procesal penal para que el juez controlara sus actos.

El 18 de junio del 2008 se vuelve a reformar nuestra Constitución, para otorgar al Ministerio Público criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal y someter a control jurisdiccional el no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

El principio que establece la obligatoriedad de la acción penal se justifica para no violar la garantía de igualdad de todos frente a la ley y la garantía de reserva de jurisdicción, pues sólo el Poder Judicial debe decidir si un hecho es penalmente relevante y determinar la responsabilidad del inculpado y no el Ministerio Público, quien es solamente el “Sacristán” de la sociedad civil.

Sería saludable que el ejercicio de la acción penal sea discrecional tratándose de delitos leves y obligatoria cuando se trate de delitos graves.